

Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW

HR 1 juni 2012, RvdW 2012, 765 (Esmilo/Mediq)

*Mr. M.R. Hebly en mr. A.N.L. de Hoogh**

1 Inleiding

Recent heeft de Hoge Raad het arrest Esmilo/Mediq gewezen, waarin de vraag speelt wanneer een overeenkomst die een verboden strekking heeft of verplicht tot een bij wet verboden prestatie op grond van art. 3:40 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) nietig is.¹ Dit arrest staat in deze bijdrage centraal. De stand van zaken vóór dit arrest bespreken wij in paragraaf 2. In paragraaf 3 geven wij de kern weer van Esmilo/Mediq. Vervolgens zal in paragraaf 4 het arrest nader worden besproken. Eerst zullen wij kort ingaan op art. 3:40 BW.

De complexe en in de literatuur bekritiseerde regeling van art. 3:40 BW vormt een begrenzing van de contractsvrijheid: de vrijheid van partijen om zelf te bepalen met wie zij contracteren en om de inhoud van hun overeenkomst te bepalen.² Op grond van het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid houdt elk rechtstelsel zich het recht voor om een overeenkomst ongeldig (nietig of vernietigbaar) te achten wanneer zij in strijd is met de voor de desbetreffende samenleving aanvaardbare uitgangspunten die in het objectieve recht worden weerspiegeld.³

Een overeenkomst is volgens art. 3:40 BW verboden indien zij in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde. Van een overeenkomst worden onderscheiden het *verrichten* van de rechtshandeling (het sluiten van de overeenkomst), de *inhoud* van de overeenkomst (de prestaties waartoe partijen zich verplichten) en de *strekking* ervan (de voor de handelende

voorzienbare gevolgen en motieven, voor anderen kenbaar).⁴ Elk van deze aspecten van de overeenkomst kan een ongeoorloofd karakter hebben.

Het verrichten van de rechtshandeling wordt krachtens lid 2 van art. 3:40 BW getoetst aan de wet in formele zin.⁵ Voor de inhoud en strekking van de overeenkomst gelden als toetsingsmaatstaf de goede zeden en openbare orde (lid 1). Dit brengt met zich dat op een overeenkomst waarvan het sluiten zelf niet bij wet verboden is, maar die verplicht of strekt tot een bij wet verboden prestatie, het eerste lid van art. 3:40 BW van toepassing is. Daarbij doemt de vraag op wanneer de inhoud of strekking van de rechtshandeling – via de wet – in strijd is met de openbare orde. Met andere woorden: is de rechtshandeling die door haar inhoud of strekking tot een bij de wet verboden prestatie verplicht te allen tijde in strijd met de openbare orde dan wel goede zeden en dus nietig?⁶

2 Toepassing van art. 3:40 lid 1 BW: beoordelingsvrijheid

Art. 3:40 lid 1 BW luidt:

‘Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.’

Een rechtshandeling kan dus nietig zijn op grond van strijd met de openbare orde of de goede zeden.⁷ Dat kan op twee

* Mr. M.R. Hebly is werkzaam als wetenschappelijk docent bij de sectie Burgerlijk Recht van de Erasmus School of Law te Rotterdam. Mr. A.N.L. de Hoogh is werkzaam als wetenschappelijk docent bij de sectie Burgerlijk Recht van de Erasmus School of Law te Rotterdam.

1. Zie over dit arrest ook S.D. Lindenbergh, *Leidt een bij de wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid?*, AA 2012, p. 740-743 en P.W. den Hollander, *De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad*, NTBR 2013, nr. 4.
2. Zie voor een overzicht van de kritiek op de opzet van art. 3:40 BW H.J. van Kooten, *Vermogensrecht* (Groene Kluwer), art. 3:40, aant. 5.
3. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 303.

4. De begrippen rechtshandeling (waarvan art. 3:40 BW spreekt) en overeenkomst verhouden zich tot elkaar als genus en species en niet als synoniemen; de aandacht is in deze bijdrage gericht op de obligatoire overeenkomst en daarom kunnen beide begrippen hier worden gebezigd.

5. Onder het begrip ‘wet’ in art. 3:40 lid 2 BW vallen ook de door het parlement goedgekeurde verdragen en besluiten van volkerenrechtelijke organisaties (vgl. art. 93 Grondwet (Gw)) en verordeningen van lagere wetgevers indien de bevoegdheid tot het maken van een dwingende wetbepaling uitdrukkelijk aan hen is gedelegeerd. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 192 en HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 46 m.nt. MS (Veerman/Waterland).

6. Hierbij zij gewezen op de mogelijkheid van partiële nietigheid ex art. 3:41 BW. Of de gehele overeenkomst nietig is of enkel het specifieke beding hangt af van de vraag of tussen het beding en de overeenkomst een onverbrekelijk verband bestaat. Zie onder meer J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 201.

7. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 310.

wijzen. De inhoud of strekking van de rechtshandeling kan enerzijds *via de wet* en anderzijds *rechtstreeks* in strijd zijn met de openbare orde of goede zeden (in het laatstgenoemde geval spelen wettelijke bepalingen dus geen rol).

In deze bijdrage staan wij enkel stil bij de rechtshandeling die *via de wet* verplicht of strekt tot een verboden prestatie. Een (standaard)voorbeeld ter verduidelijking biedt het arrest Buena Vista.⁸ In deze zaak waren partijen bij de overdracht van een perceel grond overeengekomen dat in de notariële akte een lagere koopsom zou worden opgenomen dan zij in werkelijkheid waren overeengekomen. Op deze wijze zou de verschuldigde overdrachtsbelasting lager uitvallen. Het opnemen van een lagere koopsom in de notariële akte was echter strafbaar op grond van de Overdrachtsbelastingverordening 1908; een duidelijk voorbeeld waarbij de overeenkomst ten aanzien van dit punt verplichtte tot een bij de wet verboden prestatie.

Zoals in de inleiding aangegeven, is de materie van art. 3:40 BW complex. Art. 3:40 lid 1 BW roept onder meer de vraag op of de soep zo heet wordt gegeten als ze wordt opgediend: wordt een rechtshandeling die verplicht of strekt tot een bij de wet verboden prestatie te allen tijde door nietigheid getroffen? Of heeft de rechter voor het nietigheidsoordeel de nodige speelruimte?

Deze vraag is reeds in de parlementaire geschiedenis aan de orde gekomen. De Toelichting Meijers ging aanvankelijk uit van een strenge opvatting:⁹

‘Is een prestatie, waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet verboden, dan zal de overeenkomst volgens het eerste lid nietig zijn. Het is immers als in strijd met de openbare orde te achten om zich tot prestaties te verplichten, die de wet verbiedt.’¹⁰

Daaraan wordt toegevoegd:

‘Dit is zelfs het geval wanneer, de prestatie in het verrichten van een rechtshandeling bestaat, die wel verboden is, maar niet als sanctie haar nietigheid kent.’¹¹

Deze strenge opvatting wordt in de memorie van antwoord II enigszins genuanceerd door de woorden ‘in beginsel’. Zo staat vermeld dat wanneer een rechtshandeling verplicht tot een bij de wet of verordening verboden prestatie deze rechtshandeling inderdaad in beginsel met de openbare orde in strijd is.¹² De keuze voor ‘in beginsel’ creëert een beoordelingsruimte voor de rechter, hetgeen bij de behandeling van de Invoeringswet door regeringscommissaris Snijders wordt benadrukt.¹³

De wetgever laat dus de nodige speelruimte over aan de rechter. Een eerste aanknopingspunt voor de invulling van die ruimte door de Hoge Raad kan worden gevonden in het arrest Uneto/De Vliert.¹⁴ In deze zaak wordt een overeenkomst gesloten waarbij bepaalde aanbestedingsregels niet worden nageleefd. De Hoge Raad benadrukt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met een wettelijke bepaling niet op grond van alleen die strijdigheid in strijd met de goede zeden of de openbare orde kan worden geacht.¹⁵ Klaarblijkelijk is daar meer voor nodig. Dat wordt eens te meer duidelijk in het arrest Parkeereexploitatie/Gemeente Amsterdam.¹⁶ De gemeente Amsterdam verhuurt een openbare parkeerplaats aan Parkeereexploitatie Amsterdam, die zou overgaan tot invoering van beheerd en betaald parkeren. De parkeerplaats zou daarbij met een slagboom worden afgesloten. Met succes wordt door belanghebbenden bestuursrechtelijk opgekomen tegen deze afsluiting van de openbare weg wegens strijd met de Wegenwet. De gemeente ziet vervolgens af van verdere medewerking aan het plan, waarop Parkeereexploitatie Amsterdam de gemeente aanspreekt op grond van wanprestatie. De gemeente acht de overeenkomst echter nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW en wordt hierin gevolgd door de rechtbank: de overeenkomst is volgens haar, *gelet op de aard en strekking* van de dwingende wetsbepalingen van de Wegenwet, in strijd met de openbare orde, hetgeen tot nietigheid van de overeenkomst leidt. Tevergeefs wordt in cassatie tegen dit oordeel opgekomen; de Hoge Raad maakt er weinig woorden aan vuil en acht het oordeel niet onbegrijpelijk noch de daaraan verbonden gevolgtrekking. Het arrest verschaft aldus iets meer duidelijkheid over de beoordelingsruimte van de rechter: in ieder geval kunnen van belang zijn de aard en strekking van de overtreden wetsbepalingen.

Een jaar na Parkeereexploitatie/Gemeente Amsterdam krijgt de Hoge Raad nogmaals een mogelijkheid om nader in te gaan op de beoordelingsruimte.¹⁷ Het Academisch Ziekenhuis Leiden vordert betaling van een ziektekostenverzekeraar naar aanleiding van een gedane behandeling. De verzekeraar weigert te betalen, nu het ziekenhuis in strijd zou hebben gehandeld met de Wet tarieven gezondheidszorg door een tarief in rekening te brengen dat niet is goedgekeurd of vastgesteld door het COTG. Die strijdigheid zou tot nietigheid van de behandelingsovereenkomst leiden op grond van art. 3:40 lid 1 BW. De Hoge Raad benadrukt dat bij de beoordeling of de overeenkomst nietig is wegens strijd met de openbare orde de *omstandigheden van het geval* van belang zijn.¹⁸ Weliswaar kan het zo zijn dat een handelwijze niet strookt met een bepaalde wet, maar dat betekent niet per definitie dat die handelwijze een inbreuk oplevert op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde dat op de voet van art. 3:40 BW strijd met de open-

8. HR 16 november 1984, NJ 1985, 624 (Buena Vista).

9. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 191 en Van Kooten, aant. 7.10.

10. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 191.

11. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 191.

12. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 192.

13. Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1138-1139.

14. HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (Uneto/De Vliert).

15. HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 r.o. 3.3.4 (Uneto/De Vliert).

16. HR 7 april 2000, NJ 2000, 652 m.nt. Hijma (Parkeereexploitatie/Gemeente Amsterdam).

17. HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364 m.nt. Hijma (Onderling Ziektekosten Fonds/AZL).

18. HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364 m.nt. Hijma r.o. 4.4.

bare orde moet worden aangenomen.¹⁹ Of sprake is van een inbreuk op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde hangt derhalve af van de omstandigheden van het geval.

Uit de rechtspraak blijkt duidelijk dat de soep van art. 3:40 lid 1 BW niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend. Aan de rechter komt kennelijk enige vrijheid toe bij de beoordeling of een met de wet strijdige rechtshandeling door nietigheid moet worden getroffen. Daarbij spelen de omstandigheden van het geval, de aard en strekking van de wetsbepalingen en de vraag of de handelwijze een inbreuk op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde oplevert een (grote) rol.

3 De Hoge Raad in Esmilo/Mediq

3.1 Casus en procesverloop

Thans komen wij toe aan de uitspraak van 1 juni 2012: het arrest Esmilo/Mediq. De casus is als volgt. Mediq (exploitant van apotheken; voorheen: Mediveen) en Esmilo hebben een samenwerkingsovereenkomst gesloten met betrekking tot de export van medicijnen. Daarbij werd de besloten vennootschap Medimilo opgericht, bedoeld om als groothandel medicijnen te exporteren naar de buitenlandse groothandels. Mediq zou daartoe bij zustervenootschap OPG Groothandel via te ruime bestellingen voor haar eigen apotheken medicijnen 'sprokkelen' en doorverkopen aan Medimilo. Wanneer Mediq echter binnen korte termijn aan Esmilo bericht dat zij de overeenkomst niet gestand zal doen, dagvaardt Esmilo Mediq voor de Rechtbank Utrecht en vordert schadevergoeding wegens niet-nakoming van de samenwerkingsovereenkomst. De rechtbank oordeelt dat Mediq aansprakelijk is voor de door Esmilo geleden schade, nu zij rauwelijks de samenwerking heeft beëindigd; de schade wordt begroot op € 3.865.860.

Mediq gaat in beroep bij het Hof Amsterdam en appelleert tegen de toewijzing van de vordering tot schadevergoeding. Het hof oordeelt dat er weliswaar tussen partijen in hoofdlijnen volledige overeenstemming bestond over de samenwerking, maar dat de overeengekomen samenwerking een verboden strekking heeft en daarmee nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW, zodat Mediq niet gehouden is tot samenwerking. De strekking van de samenwerkingsovereenkomst, die volgens het hof neerkomt op de levering van medicijnen aan en door apotheken, zou in strijd zijn met art. 4 lid 3 Wet op de geneesmiddelenvoorziening (oud) (WOG) en art. 37c Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische producten (oud) (hierna: Besluit). Het eerstgenoemde artikel verbiedt apothekers om geneesmiddelen anders dan op recept af te leveren; het tweede bepaalt dat de groothandelaar zijn farmaceutische producten uitsluitend mag betrekken van groothandelaren, fabrikanten, importeurs of parallel-groothandelaren. Nakoming van de samenwerkingsovereenkomst zou leiden tot een uitvoeringshandeling in strijd met deze bepalingen. Beide partijen waren zich hiervan bewust en dus is Mediq volgens het hof

niet gehouden tot samenwerking wegens de verboden strekking.

3.2 Het oordeel van de Hoge Raad

Esmilo richt zich in cassatie tegen het oordeel van het hof dat de tussen partijen gesloten overeenkomst nietig is op grond van de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een bij wet verboden prestatie verplicht, waarvan beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren. De Hoge Raad volgt hierin Esmilo en overweegt als volgt (r.o. 4.4):

'Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 191). Maar zoals in de verdere wetsgeschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, LJN AA5401, NJ 2000/652 en HR 11 mei 2001, LJN AB1555, NJ 2002/364), kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod.'

Het is dus volgens de Hoge Raad te kort door de bocht om uitsluitend op grond van strijd met de wet (waarvan partijen zich ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bewust waren) te oordelen dat de overeenkomst tussen Mediq en Esmilo in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de zojuist behandelde arresten Parkeereexploitatie/Gemeente Amsterdam en Onderling Ziektekosten Fonds/AZL. Voor het aannemen van strijd met de goede zeden of de openbare orde is volgens hem méér nodig. De Hoge Raad oordeelt (r.o. 4.4):

'Zoals door de regeringscommissaris is opgemerkt is er namelijk een groot aantal wettelijke verboden, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1138). Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde.'

De Hoge Raad noemt vervolgens een aantal gezichtspunten aan de hand waarvan de rechter dient te beoordelen of de strekking van een overeenkomst in strijd is met de openbare orde. Hij vervolgt in r.o. 4.4 (nummering toegevoegd; MH en AdH):

'Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken [1] welke

¹⁹. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1140-1141.

belangen door de geschonden regel worden beschermd, [2] of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, [3] of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en [4] of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.’

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst het geding naar het Hof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

4 Gezichtspunten voor nietigheidsoordeel

De Hoge Raad heeft in dit arrest de eerder benoemde beoordelingsvrijheid van de rechter nader vormgegeven door een gezichtspuntenleer in het leven te roepen, die wij in het navolgende zullen bespreken. Wij zullen eerst ingaan op de wetenschap van partijen (het derde gezichtspunt). Daarna komen de andere drie gezichtspunten aan de orde, die onderling nauwer verbonden zijn omdat zij alle drie zien op aspecten van de geschonden norm als zodanig.

4.1 De wetenschap van partijen ten aanzien van de overtreding

Een eerste punt dat opvalt, is de wetenschap van partijen, dat van belang is voor de vraag of een rechtshandeling een verboden strekking heeft. In zijn inmiddels meer dan zestig jaar oude arrest Burgman/Aviolanda oordeelde de Hoge Raad dat een overeenkomst weliswaar kan verplichten tot een op zichzelf geoorloofde prestatie (in casu de fabricage van aluminium kammen), maar dat deze overeenkomst een verboden strekking kan hebben en nietig kan zijn indien beide partijen bij het aangaan ervan de bedoeling hebben, of zich ervan bewust zijn, dat de nakoming van de overeenkomst zal leiden tot een verboden bedrijfsverandering.²⁰ In Esmilo/Mediq lijkt de Hoge Raad een iets andere koers te willen varen: niet langer kan immers worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ‘ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod’. De bekendheid van partijen met de geschonden rechtsregel lijkt aan gewicht te hebben ingeboet nu het een van de gezichtspunten is bij de beoordeling of een overeenkomst via de wet in strijd met de openbare orde is, wat impliceert dat ondanks deze bekendheid van partijen de betreffende overeenkomst dus geldig zou kunnen zijn.²¹

4.2 De strekking van de geschonden regel en de te beschermen belangen

Een ander gezichtspunt dat de Hoge Raad noemt, betreft de belangen die door de geschonden regel worden beschermd. Voor het *verrichten* van de bij wet verboden rechtshandeling, waarop art. 3:40 lid 2 en 3 BW ziet, wordt eveneens nadruk gelegd op de strekking van de overtreden wetsbepaling: indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een van de partijen bij een meerszijdige rechtshandeling, dan leidt strijd met een dwingende wetsbepaling slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit (tweede lid). Nog algemener formuleert het derde lid van art. 3:40 BW dat lid 2 geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.²² Een vergelijkbare nuancering wordt dus door de Hoge Raad geïntroduceerd bij de toepassing van art. 3:40 lid 1 BW, met dien verstande dat het daarbij niet zozeer gaat om de vraag of een overtreden wetsbepaling ertoe strekt om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, maar veeleer om de vraag of, gezien de strekking ervan, moet worden aangenomen dat de overtreding ervan een inbreuk maakt op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde dat strijd met de openbare orde moet worden aangenomen.²³ Is dit het geval, dan ligt nietigheid in de rede. Dit oordeel is aan de rechter voorbehouden, evenals het oordeel over wat de openbare orde in het algemeen eist.²⁴

Dat de rechter de strekking van de wetsbepaling dient mee te wegen in het kader van art. 3:40 lid 1 BW lijkt op het eerste gezicht redelijk, omdat hiermee wordt bewerkstelligd dat de geschonden regel zijn doel niet voorbijschiet. Dat de ‘aard en strekking’ van de overtreden wetsbepalingen hier kunnen meewegen, viel reeds af te leiden uit Parkeerexploitatie/Gemeente Amsterdam. Het bepalen van die strekking zal echter niet altijd een eenvoudige opgave zijn. Terecht merkt regeringscommissaris Snijders op dat hogere en lagere wetgevers de privaatrechtelijke gevolgen doorgaans niet voor ogen hebben als zij regels maken.²⁵ De kernvraag is dan wanneer nietigheid gerechtvaardigd is als privaatrechtelijke sanctie op grond van strijdigheid met deze regels? Regels geven immers niet altijd evident uitdrukking aan de openbare orde of goede zeden. In de zaak Esmilo/Mediq zal dus veel afhangen van de vraag of strijd met art. 4 lid 3 WOG en art. 37c Besluit een inbreuk maakt op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde dat

20. HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128 (Burgman/Aviolanda) m.nt. Ph.A.N. Houwing. Inmiddels kan worden aangenomen dat de maatstaf is of een partij zich van de verboden strekking bewust was of dit had moeten zijn. Zie HR 28 juni 1991, NJ 1992, 787 m.nt. CJHB (Verkerk/Van der Veen) en HR 28 oktober 2011, LJN BQ5986.

21. Zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 325.

22. Ook kan er een verband worden gezien met het relativiteitsvereiste bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van art. 6:163 BW, waar het gaat om (het achterhalen van) de strekking van de geschonden norm.

23. Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1142.

24. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 192.

25. Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1138. Overigens kent de Wet op het financieel toezicht (Wft) een bepaling die uitdrukkelijk ziet op de rechtsgeldigheid van een rechtshandeling die in strijd met een Wft-bepaling is verricht. Art. 1:23 Wft bepaalt dat een rechtshandeling die verricht is in strijd met een bepaling van de Wft niet uit dien hoofde kan worden vernietigd, tenzij de Wft anders bepaalt.

nietigheid op grond van strijd met de openbare orde moet worden aangenomen.

Bij deze beoordeling zal moeten worden gekeken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd (deze vraag lijkt grotendeels samen te vallen met de vraag of de overtreden wetsbepaling uitdrukking geeft aan de openbare orde of goede zeden; de praktijk zal uitwijzen of het hier verschillende gezichtspunten betreft). Volgens A-G Wissink is het in het geval van Esmilo/Mediq niet evident dat sprake is van een inbreuk op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde dat strijd met de openbare orde moet worden aangenomen. Daarbij neemt hij aan dat de WOG en het Besluit het algemene belang van de volksgezondheid waarborgen, waarbij de overtreden bepalingen vooral zien op de inzichtelijkheid van de distributiestromen van farmaceutische producten.²⁶ Zonder nadere motivering kan niet worden aangenomen dat met de schending van deze algemene belangen de openbare orde of goede zeden in het gedrang komen.

4.3 De sanctie

Volgens de Hoge Raad is eveneens relevant of de geschonden regel zelf in een sanctie voorziet. Dat impliceert ons inziens dat indien de regel zelf in een (afdoende) sanctie voorziet, nietigheid van de overeenkomst minder snel zal worden aangenomen.

Wij willen in dit kader het volgende opmerken. In lijn met de gedachte dat hogere en lagere wetgevers de privaatrechtelijke gevolgen doorgaans niet voor ogen hebben bij het maken van regels, ligt de vraag of het privaatrecht voor die regels de aangewezen instrumenten biedt voor handhaving. Dit zal van geval tot geval moeten worden gezien, waarbij de rechter zal moeten beslissen of nietigheid op grond van strijd met de openbare orde een passende en proportionele sanctie is op de overtreding (wederom een oordeel in het licht van de strekking van de overtreden norm). Terloops wordt door A-G Wissink opgemerkt dat daarbij de preventiegedachte zou kunnen meespelen: de vrees voor nietigheid zou partijen ervan kunnen weerhouden om te handelen in strijd met de geldende voorschriften.²⁷

Mocht de rechter beslissen dat de rechtshandeling niet door nietigheid moet worden getroffen, dan kan naast art. 3:40 lid 1 BW mogelijk een oplossing gevonden worden in de verbintenissenrechtelijke rechtsmaatregelen, zoals schadevergoeding en ontbinding. Nakoming kan dan niet in rechte worden gevorderd, omdat de rechter niet zal veroordelen tot een met de wet strijdige prestatie.²⁸ Het gaat dan derhalve om een

rechtshandeling waarvan de inhoud of strekking weliswaar in strijd is met een dwingende wetsbepaling, maar waarvan men niet kan aannemen dat tevens sprake is van strijd met de openbare orde of goede zeden. Men spreekt in dit kader ook wel van juridische onmogelijkheid tot nakoming.²⁹ Door dit verbod op nakoming kan het doel van de betreffende regeling worden bereikt zonder dat nietigheid van de overeenkomst nodig is, terwijl de mogelijkheid van schadevergoeding bij wanprestatie kan bijdragen aan de gewenste uitkomst.³⁰

5 Conclusie

Wij ronden af. Op de vraag of een overeenkomst die verplicht tot een bij wet verboden prestatie te allen tijde door nietigheid wordt getroffen, luidde het antwoord reeds vóór Esmilo/Mediq ontkennend. De Hoge Raad geeft in dit arrest echter gezichtspunten die de rechter bij de beoordeling of een met de wet strijdige overeenkomst nietig is op grond van strijd met de openbare orde, in zijn motivering dient te betrekken. De Hoge Raad trekt daarmee de lijn van de arresten Parkeerexploitatie/Gemeente Amsterdam en Onderling Ziektekosten Fonds/AZL door. Esmilo/Mediq biedt duidelijker handvatten voor de vraag waar het debat in het kader van art. 3:40 lid 1 BW over dient te gaan en waar de rechter in zijn beoordeling rekenschap van dient af te leggen. Een vraag die dit arrest onder andere oproept, is of rechters door de introductie van de vier gezichtspunten tot andere beslissingen zullen komen dan waar zij voorheen toe geneigd waren. Wij nemen niet op voorhand aan dat door deze hogere motiveringseis minder snel tot nietigheid zal worden geconcludeerd (en dat dus de contractsvrijheid in zekere zin ruimer wordt getrokken). Duidelijk is in ieder geval dat de rechter deze gezichtspunten *moet* betrekken in de motivering van zijn nietigheidsoordeel. Gezien de doorgaans verregaande consequenties van een dergelijk oordeel kunnen wij deze eis van harte onderschrijven.

26. Zie conclusie onder 3.20.

27. Zie conclusie onder 3.18.

28. Hier is reeds door Houwing op gewezen in zijn noot onder Burgman/Avirolanda (zie noot 21). Deze mogelijkheden zijn recenter bepleit door Hijma in J. Hijma, Tien jaar nieuw nulliteitenrecht, WPNR (2002) 6472, p. 71 en in zijn noot onder Parkeerexploitatie/Amsterdam (zie noot 16). Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor Esmilo/Mediq onder 3.18.

29. Zie over morele of juridische/wettelijke onmogelijkheid C.J.H. Brunner e.a. (red.), Verbintenissenrecht algemeen, Deventer: Kluwer 2011, nr. 135 (De Jong).

30. Hijma 2002, p. 72-74.